

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO BRASIL: NOVO PARADIGMA DO PODER MODERADOR

Francisco Wildo Lacerda Dantas

Desembargador Federal do TRF da 5ª Região

Mestre em Direito pela UFBA

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa. Prof. Adjunto da UFAL

SUMÁRIO: 1. A criação da Corte Constitucional no Brasil; 1.1. Proêmio; 1.2. Características dos Tribunais Constitucionais; 1.3. O Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF): Tribunal Constitucional; 1.4. Necessidade de aperfeiçoamentos; 1.4.1. Na competência; 1.4.2. Na forma de composição; 1.4.5. Sugestões de mudanças.

1. A CRIAÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL NO BRASIL

1.1. PROÊMIO

A criação de uma Corte Constitucional nos moldes europeus, espécie de Tribunal Constitucional *ad hoc*, como prefere denominar LENIO LUIZ STRECK tem-se revelado como a mais expressiva contribuição européia à tutela jurisdicional¹. Para esse autor, essa criação se deu não apenas por inexistir, no modelo romano-germânico, a figura do *stare decisis*, apto a conceder efeito *erga omnes* às decisões, mas sobretudo em face de uma motivação política, que deita raízes na Revolução Francesa na célebre discussão a respeito da noção da soberania popular, fundando-se no caráter político de que se revestem suas competências².

¹ JAVIER PEREZ ROYO faz referência à criação pelo constituinte de um órgão *ad hoc* – um Tribunal Constitucional – independente do Poder Judiciário apenas para cuidar do controle de constitucionalidade das leis. Cf. Tribunal Constitucional y División de Poderes, Ed. Tecnos S/A, Madrid, 1988, p. 11.

² Cf. “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica”, *ob. cit.*, p. 305.

O modelo do Tribunal Constitucional, sobretudo depois da Segunda Guerra, se espalhou por todo o mundo.

Mesmo na França, país onde, por razões históricas, se criou verdadeira aversão por esse controle, se tem reconhecido já a existência de uma Corte Constitucional, tanto no Conselho Constitucional, onde se exercita um controle com feições políticas, como no *Conseil d'Etat*, sob a alegação de que, precisamente neste último, tendo entre suas atribuições o controle dos atos administrativos, faz a aplicação de todas as regras jurídicas existentes no sistema jurídico francês e, por isso, eventualmente essa Corte se deparará com situações em que se identificará violação do texto constitucional.

Como cabe a este Conselho sancionar com a invalidade eventuais agressões ao texto constitucional para manter-lhe a supremacia, considera-se-o como um verdadeiro Tribunal Constitucional³.

Penso, porém, que somente se pode aceitar essa comparação se o considerarmos como Corte Constitucional que aprecia incidentalmente a constitucionalidade da lei e, portanto, exercita um controle difuso.⁴ Ao lado desse órgão, porém, tem-se reconhecido que o Conselho Constitucional francês se revela como um Tribunal Constitucional, no modelo originariamente imaginado por KELSEN de controle concentrado.⁵

Ou seja, em resumo, na França há manifestações a respeito do exercício dos dois modelos de controle de constitucionalidade – difuso e concentrado –

³ Nesse sentido, FRANCINE BATTALIER, *Le Conseil d'État Juge Constitutionnel*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, p. 02. No sentido de que o juiz ordinário já exercita, em alguma medida e em razão da aplicação dos princípios constitucionais, a jurisdição constitucional mesmo na França, cf. BERTRAND DE LAMY *Les principes constitutionnels dans la jurisprudence judiciaire* (Le juge judiciaire, juge constitutionnel?), *Revue du Droit Public de la Science Politique* Entrance et à L'Étranger, Jacques Robert. RDP n° 3, p. 781-820.

⁴ Muito embora esteja atento para a observação feita por LOUIS FAVOREU, em respeito ao que considerou o fracasso da recepção do modelo americano em França, por afirmar, em espanhol para cujo idioma a obra originária *Les Cours Constitutionnelles* foi traduzida: *En los Estados Unidos, la Constitución es sagrada, y en Europa lo es la ley*. Cf. “*Los Tribunales Constitucionales*”, Ed. Ariel S/A, Barcelona, tradução de Vicente Villacampa, 1994, p. 19.

⁵ Nesse sentido, o mesmo LOUIS FAVOREU afirma que a França conta, há mais de trinta anos, com um sistema de justiça constitucional. Cf. *Ob. Cit.*, p.102. CARLOS BLANCO DE MORIAS, por sua vez, assinala que se sedimenta, na doutrina francesa, de uma espécie de “evolução judicialista” desse Conselho, para afirmar, mesmo, que agora também no pensamento comparatístico mais recente, como já acontece na Itália, se tem o Conselho Constitucional francês como um modelo que se integra “... no espectro mais vasto das jurisdições constitucionais”, com arrimo em Lucio Pegoraro, “*Lineamenti di Giustizia Costituzionale Comparata*”, Torino, 1998, P. 13. Cf. “*Justiça Constitucional*”, Tomo I – *Garantia da Constituição e controlo da Constitucionalidade*”, Coimbra Editora, 2002, p. 316.

ainda que não pelo mesmo órgão: o controle difuso, pelo *Conseil d'Etat* e o controle concentrado pelo *Conseil Constitutionell*.

Também a Inglaterra sente essa necessidade. Lorde LESLIE SCARMAN faz um resumo dos desafios que devem ser enfrentados pelo sistema da *common law*, e em vigor naquele país, em respeito aos direitos humanos, às questões sociais e ao meio-ambiente, bem como às de ordem industrial e regional, decorrente do sistema da *commonwealth*⁶.

Em seguida, propõe a criação de uma constituição escrita e de uma Suprema Corte do Reino Unido (*Supreme Court of the United Kingdom*), destinada a protegê-la⁷. Isso resulta da conclusão a que chegara de que o sistema da *common law* se revela insuficiente para proteção dos direitos humanos, em face da soberania legislativa do Parlamento.

Para OTTO BACHOF, o Tribunal Constitucional tem sido uma ótima solução para garantir a lei maior. Na análise que procedera a respeito, afastou todas as alegações contrárias à adoção dessa Corte, muito embora reconheça o perigo de que os provimentos dos integrantes dela - em razão de as desses juízes se apresentarem com alto alcance político - possam se dar de acordo com as opiniões políticas professadas pelo magistrado. Sugere, então, para afastar esse risco, que se aperfeiçoe o sistema de escolha e nomeação⁸.

Certo é que se tem apresentado como um sinal do extremo vigor do constitucionalismo na Europa o fato de que as novas constituições da zona ocidental do continente se comprometem, sem exceção, a estabelecer alguma técnica de revisão judicial dos atos legislativos. O grau desses esforços se fixa na razão inversa da história da instituição, por acreditar ser lógico e natural que quem haja sentido mais intensamente os resultados da perda do constitucionalismo sejam os mais preocupados para assegurá-lo contra todo o trabalho de sapa das forças anti-constitucionalistas⁹.

⁶ Definida no Black's Law Dictionary, no verbete próprio, como A loose association of countries that recognize one sovereign as their head "the British Commonwealth.

⁷ Cf. "O Direito Inglês. A Nova Dimensão", tradução do original inglês English-Law – The New Dimension, por Inez Tóffoli Baptista, Licenciada em Letras pela UFRGS, com a colaboração de Anna Maria Villela, Docteur em Droit, Ed. Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1978, p.95-96.

⁸ Cf. Jueces y Constitución, tradução ao castelhano de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, com prólogo de Tomás-Ramón Fernández, Editorial Civitas, S/A, Madrid, 1985, p. 57-65.

⁹ Cf. CARL J. FRIEDRICH, Gobierno Constitucional y Democracia, tradução ao espanhol por AGUSTÍN GIL LASIERRA, Institutos de Estudios Políticos – Madrid – 1975 – p. 259.

1.2. CARACTERÍSTICAS DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Em respeito aos Tribunais Constitucionais europeus, LOUIS FAVOREU resumiu as características apresentadas por esse modelo às seguintes:

a) um contexto institucional e jurídico peculiar. Os Tribunais Constitucionais europeus estão instalados em países dotados de regime parlamentar (Alemanha Federal, Itália e Bélgica) ou semiparlamentar (França, Áustria e Portugal).

Observa-se também que, nesse contexto, se aplica um sistema de dualidade ou pluralidade de jurisdições e ordens jurídicas. Itália, França, Áustria, Bélgica, Portugal e Espanha são identificados como países que têm duas ordens de jurisdição: administrativa e judicial, enquanto se afirma que a Grécia possui um Tribunal especial superior que está-se progressivamente a se transformar em um Tribunal Constitucional, exatamente porque tem dois ou três ordens de jurisdições;

b) um estatuto constitucional, em que se invoca KELSEN para afirmar que como a justiça constitucional é confiada a um Tribunal “independente de qualquer outra autoridade estatal”. A condição de independência resulta da existência de um estatuto constitucional do Tribunal constitucional que lhe defina a organização, o funcionamento e atribuições, colocando-o fora do alcance dos poderes públicos que o Tribunal está encarregado de controlar.

Isso supõe que haja inclusão das disposições necessárias no texto mesmo da Constituição, assim como autonomia estatutária administrativa e financeira da instituição, e garantias de independência para os membros;

c) um monopólio do contencioso constitucional, no sentido de que a jurisdição constitucional se concentra nas mãos de uma jurisdição especialmente criada com esse objeto, que goza de monopólio neste âmbito.

Em conseqüência, os juízes ordinários não podem conhecer do contencioso reservado ao Tribunal Constitucional;

d) uma designação de juízes, não magistrados, por autoridades públicas, no sentido de que esses tribunais não estão formados por magistrados de carreira que tenham ascendido a ele através de ascensão regular e progressiva.

A designação dos membros do Tribunal não obedece aos critérios tradicionais, como acontece com o Com-se-lho de Estado francês, que o autor tem como Tribunal constitucional, cujos membros são estranhos ao Poder Judiciário.

Os juízes desses Tribunais não são necessariamente magistrados, podendo escolher-se professores de direito, advogados, funcionários públicos, sendo

que, na França, na hipótese considerada pelo autor, nem sequer é necessário que sejam juristas.

Embora Kelsen houvesse recomendado que se reservasse lugar adequado para juristas profissionais, isso não se dava com caráter exclusivo, podendo haver não especialistas junto a especialistas. Reserva-se para estes últimos as considerações puramente técnicas, pois sua consciência política ficaria aliviada pela colaboração dos membros chamados para a defesa dos interesses propriamente políticos;

e) uma verdadeira jurisdição, por admitir que esses Tribunais exercitam uma verdadeira jurisdição constitucional, muito embora esse autor insista que o Conselho Constitucional francês tenha essa natureza, ao argumento de que sua composição real é muito parecida com a outros organismos;

f) uma jurisdição fora do aparato constitucional, por considerar que isso distingue um Tribunal Supremo do Tribunal Constitucional.

Enquanto o primeiro se encontra no ápice do edifício jurisdicional, o segundo se encontra fora de todo aparato jurisdicional¹⁰.

Importa registrar, no entanto, que essas características dizem respeito ao Tribunal Constitucional no modelo europeu, que já se reconheceu como aferrado a um conceito formalístico de jurisdição constitucional, centrado em certo “eurocentrismo jurídico”, quando se sustenta que esse tipo de justiça deva assentar num conceito material ou substantivo, como o refere – com propriedade – PABLO PÉREZ TREMPs, ao reconhecer que, nessa nova visão, *La defensa de la constitución, en estos casos, se ‘desdramatiza’, y se torna en una tarea de interpretaciones y actualización de los contenidos constitucionales sumamente valiosa para mantener el vigor democrático. Dicho de otra forma, no se trata ya solo, ni siquiera primordialmente, de “proteger” la constitución frente a embates autoritarios, sino de protegerla frente a eventuales lesiones que no cuestionan el sistema constitucional en si, y, sobre todo, de enriquecer sus contenidos, de adecuar éstos a la propia evolución de la sociedad, se ser no sólo ni siquiera primordialmente garante de la constitución sino, intérprete de la Constitución.*¹¹

¹⁰ Cf. Los Tribunales Constitucionales, tradução ao espanhol da obra Les Cours Constitutionnelles, por VICENTE VILLACAMPA, Editorial Ariel s/A, Barcelona, 1994, p. 27-35.

¹¹ Cf. Dr. Pablo Pérez Tremps, La Justicia Constitucional en la Actualidad. Especial Referencia a América Latina, in Foro Constitucional Iberoamericano, nº 2/2003 – <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-02art-ppt1.htm>. Acesso: 09/09/2003, p. 01-15, mais precisamente, no trecho transcrito, p. 03.

Permito-me acrescentar, ainda, as seguintes observações.

Penso que o Conselho Constitucional francês não se revela como um Tribunal Constitucional nos moldes tradicionais. Ainda que já se tenha registrado o reconhecimento da “evolução judicialista” desse Conselho, não só na doutrina francesa - de onde se colheu o resumo transcrito - quanto no próprio direito comparado, notadamente na Itália, para considerar-se que integra uma visão mais ampla da jurisdição constitucional, onde predomina o controle preventivo¹², ele não é - na observação de Kelsen - apropriado para esse controle¹³.

Apresenta-se como uma justiça constitucional particular, original, na medida em que aprecia matérias constitucionais despreocupado ou alheio à aplicação da regra constitucional em sentido estrito. É uma justiça constitucional de feição única e específico porque os litígios que lhe são atribuídos para decidir se sobrepõem aos problemas constitucionais. Ainda que se o considere como um Tribunal Constitucional, essa visão se limita a concebê-lo como um Tribunal que se limita ao exercício do controle abstrato/concentrado de constitucionalidade das leis. Penso que a aceitação do Conselho constitucional francês como um Tribunal Constitucional somente se torna possível se aceitar-se a jurisdicionalização do órgão e se o imaginar dentro do modelo de Tribunal Constitucional de modelo europeu - que alguma doutrina sustenta ser o único existente - o que não se pode considerar como uma verdade científica a ser aceita por todos, como explicou PABLO PÉREZ TREMPs. Como é óbvio, esse Conselho não exercita o controle difuso de constitucionalidade.

No entanto, na mesma França, o Conselho de Estado exercita esse tipo de controle e também se defende que ele possa ser comparado com uma Tribunal Constitucional.

Penso, porém, que ainda que se possa reconhecer o exercício dessas funções, o Conselho de Estado francês não pode ser considerado como um

¹² Como o refere CARLOS BLANCO DE MORAIS, ob. cit., p. 315-316, fazendo referência, na doutrina comparada a LUYCIO PEGORARO, na nota 385 ao pé da página 316.

¹³ Como se lê na obra *La Giustizia Costituzionale*, traduzida para o italiano por Carmelo Geraci, com prefácio de Antonio la Pergola. Giuffrè Editore, Milano, 1981, às p. 170: Senza dubbio, la garanzia preventiva, personale - l'organizzaione in tribunale dell'organo che pone in estire l'ato - è fuori causa in anticipo. La legislazione, della qualle qui anzitutto se tratta, non può essere affidata a un tribunale, non tanto per la diversità delle funzioni legislativa e giurisdizionale quanto piuttosto perchè l'organizzazione dell'organo legislativo è dominata essenzialmente da punti di vista diversi dalla costituzionalità del suo funzionamento. Decide qui la grande antitesi tra democrazia e autocrazia (o original está sem grifo).

Tribunal Constitucional porque enquanto os juízes constitucionais são chamados a aplicar a constituição – e se revelam, mesmo, como defensores da constituição – o Conselho de Estado se apresenta com uma situação particular. A sua função é a de proteger os cidadãos contra os atos da administração. Aprecia, com mais frequência do que os outros juízes, a conformidade da ação administrativa à constituição. Integra a estrutura mesma da administração, ainda que como um elemento que serve maravilhosamente de escudo aos excessos administrativos. A constituição é invocada – como regra suprema – como um instrumento extraordinário entre os meios à disposição do Conselho de Estado, para assegurar essa proteção¹⁴.

Considero, de outro lado, muito rígido esse modelo de Tribunal Constitucional europeu – que PABLO PÉREZ TREMPs afirma tratar-se fruto de um “eurocentrismo jurídico – parecendo-me que se esgote numa formulação em que se premia a forma em detrimento da substância.

Muito embora se conceba esses Tribunais, até nos países andinos, como órgãos autônomos, distintos e separados do Poder Judiciário¹⁵, como órgãos superiores aos demais poderes¹⁶, isso resulta da desconfiança nascida na França. Em virtude disso o controle de constitucionalidade naquele país passou a ser exercido em caráter preventivo por um órgão político, cuja desconfiança foi levada aos demais países da Europa, tanto que criaram uma justiça administrativa, distinta da ordinária e os Tribunais Constitucionais fora da estrutura do Poder Judiciário¹⁷.

¹⁴ Cf. FRANCINE BATAILLER, “Le Conseil d’État Juge, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence”, Paris, 1996, p. 20-21.

¹⁵ Como afirma FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI, Los Tribunales Constitucionales en la Región Andina: Una Visión Comparativa, ob. cit., p. 18. Observo que esses países mantêm um regime presidencialista de governo, com o que se recusa uma das características apresentadas para o modelo europeu.

¹⁶ Nesse sentido, JOSÉ ÁGEL MARÍN sustenta que o Tribunal Constitucional se situa fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los demás poderes públicos. Cf. Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional, ob. cit., p. 18. Para FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, La función específica del Tribunal Constitucional es la de “intérprete supremo de la Constitución” o lo que es lo mismo, la de garante, custodio o defensor del poder constituyente objetivado en el texto de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes públicos, todos los poderes constituidos. Cf. Escrito Sobre y Desde El Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 39. Ainda que haja muitas outras obras a respeito, assinalo, por fim, a observação de EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA, que, em certas ocasiões, o Tribunal Constitucional habría de considerar-se como un verdadero “cuarto poder”, materialmente jurisdiccional, pero distinto del poder judicial estricto...Cf. La Constitución Como Norma y El Tribunal Constitucional, Ed.. Civitas S/A, Madrid, 1994, p. 199.

¹⁷ Como explica LENIO LUIZ STRECK, “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica”, ob. cit., p. 303 e s.

Na verdade, deve-se conceber os Tribunais Constitucionais como órgãos jurisdicionais que exercitam uma jurisdição com característica única, em que não se tutelam interesses, busca-se a proteção da constituição mesma, para que não termine por ser, ao fim e ao cabo, uma mera carta de intenções¹⁸. Têm por objeto tutelar a constituição, para garantir o plexo de valores nela revelados e que se tem como definidos pelo povo – única fonte do poder soberano. Não é característica *dominante* o fato de, excepcionalmente, o Tribunal Constitucional possa ser considerado como um quarto poder¹⁹. Como observou JAVIER PEREZ ROYO:

Las relaciones que puedan establecerse entre el poder judicial y el Tribunal Constitucional dependen mucho de la forma en que el constituyente decide la organización de este último, ya que son completamente diferentes allí donde no se conoce la cuestión de inconstitucionalidad o control concreto (Francia), que donde ésta es de forma predominante y casi exclusiva la vía de control de constitucionalidad de la ley (Italia) o donde se combinan ambas (República Federal de Alemania y España).

E o autor conclui:

... así como también lo son dependiendo de que el Tribunal Constitucional tenga como atributo o no el conocimiento de recurso frente a actos de los poderes públicos, entre los que se incluye también el poder judicial²⁰.

Afinal, como observou LUÍS AFONSO HECK, a jurisdição constitucional se revela como o coroamento do Estado de Direito porque não se exaure na guarda ou proteção da constituição. Também contribui para o desenvolvimento dos princípios constitucionais, entre outros: o Princípio do Estado de Direito, o Princípio do Estado social, o Princípio Democrático e o Princípio Federativo, muito caros ao exercício da tutela jurisdicional²¹.

¹⁸ Nesse sentido, CARL SCHMITT observou, com correção: Los Tribunales sentenciadores de la jurisdicción civil, procesal o contencioso-administrativa no son, em sentido estricto, protectores de la Constitución. Cf. La Defensa de la Constitución, ob. cit., p. 43.

¹⁹ Como sustenta EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA, La Constitución Como Norma y El Tribunal Constitucional, ob. cit., p. 199.

²⁰ Cf. “Tribunal Constitucional y División de Poderes”, Ed. Tecnos S/A, Madrid, 1998, p. 100.

²¹ Cf. “O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais (Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã)”, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1995.

1.3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO (STF): TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O enquadramento do Tribunal Constitucional brasileiro há de ser feito com fuste nas raízes jurídicas do ordenamento, na forma concebida em Portugal.

Neste país, se o considera como” ...um órgão instituído por certa Constituição material positiva, que se encontra submetido às suas normas e aos seus princípios e funcionando em conjugação com outros órgãos (a que não é superior, nem inferior)”²².

É certo que o Supremo Tribunal Federal brasileiro – STF – já é um Tribunal Constitucional.

Até os que sustentam que o constituinte andou bem quando optou pela não transformação do STF em Corte Constitucional nos moldes europeus, porque não se poderia desprezar a experiência centenária do controle de constitucionalidade que já vinha sendo realizado e que já se apresenta como a doutrina brasileira, porém, reconhecem a necessidade da realização de certos ajustes na competência dessa Corte²³. NELSON NERY JÚNIOR observou que, enquanto no sistema constitucional anterior o nosso Supremo Tribunal Federal (STF) detinha uma competência ampla por abranger o controle em respeito à constituição e também a de lei federal, ou seja, não apenas a matéria constitucional mas também as questões federais em sentido amplo, por cumular as funções de intérprete da lei federal e de guardião da constituição, com a Constituição Federal em vigor (CF/88) isso não mais acontece. Pretendia-se criar o Superior Tribunal de justiça (STJ), como órgão máximo para a aplicação da lei federal e manter-se o Supremo Tribunal Federal (STF) como tribunal supremo para a interpretação da constituição.

No entanto, entendeu-se que os ministros desta última Corte teriam sua função e importância diminuídas. Por isso, venceu a tese de que o STF deveria

²² Cf. JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, Tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade – Coimbra Editora, 1996, 3ª ed. (reimpressão), p. 390.

²³ Cf. “O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional”, texto básico da palestra proferida em 16.10.92, no Seminário de Direito Constitucional, com vistas à reforma constitucional, promovido pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo e parte integrante do Capítulo 3º da obra “Temas de Direito Público”, ob. cit., p. 91-123, mais precisamente p. 96.

ser mantido como Corte “quase que exclusivamente constitucional, afastando-se a idéia da criação de uma nova corte constitucional”²⁴.

Tem-se entendido ser indispensável, até mesmo para garantir-lhe uma legitimação que garanta maior estabilidade política, porém, e para isso, completar-se a transformação do STF brasileiro em Tribunal Constitucional, nos moldes europeus, como já apontado por JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO, ainda que não se postule a solução por ele acenada²⁵.

Discorda-se da proposta deste último autor porque se considera inarredável a manutenção do controle incidental, em que se permite que o magistrado afaste a lei reputada inconstitucional, o que se dá muita vez na apreciação de liminar de mandado de segurança – vigoroso instituto genuinamente nacional assentado nas raízes lusas, o que bem lhe revela a legitimidade – o que, na forma da radical transformação sugerida pelo autor – resultaria revogado. Penso que essa proposta resulta da poderosa influência que segue exercendo entre nós o modelo europeu, fruto do equivocado eurocentrismo jurídico. Creio que mais uma vez, se andar bem no Brasil se acompanhar a experiência lusa, de onde haurimos as raízes do nosso ordenamento jurídico.

JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA assinala que o Tribunal Constitucional português:

... ao contrário do que acontece no modelo clássico do controlo concentrado – **em que os tribunais constitucionais são chamados a pronunciar-se sobre uma “questão prejudicial” de constitucionalidade, reenviada pelos tribunais “comuns” – no sistema português o Tribunal Constitucional é solicitado antes de reapreciar as decisões**

²⁴ Cf. “Princípios do Processo Civil na Constituição Federal”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, 3ª ed., p. 23-24.

²⁵ Para esse autor, com a criação do Tribunal Constitucional, que sustenta em bem elaborada obra, o papel do juiz ordinário deveria limitar-se, na expressão de CALAMANDREI, a funcionar como porteiro (portieri) em que, após provocado pela parte – num litígio qualquer – e depois de verificar que a inconstitucionalidade é patente, agirá no sentido de ensejar a manifestação do Tribunal Constitucional e, caso contrário, não será objeto dessa apreciação. Ter-se-ia uma questão prejudicial heterônoma, porque somente resolvida pelo Tribunal Constitucional. O autor defende, também, que se criassem Tribunais Constitucionais em cada estado-membro – segundo o modelo alemão – para defesa, nos mesmos moldes, das respectivas constituições. Cf. “Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, p. 210-211. CARLOS BLANCO DE MORAIS também reconhece o paradigma do “juiz-porteiro” existente no ordenamento jurídico italiano. Cf. “Justiça Constitucional”, Tomo I – Garantia da Constituição e Controlo da Constituição e Controlo da Constitucionalidade”, Coimbra Editora, 2002, p. 313.

que sobre a própria questão de constitucionalidade tomaram aqueles outros tribunais (o grifo em negrito é nosso. O grifo sublinhado é do original)²⁶.

1.4. NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTOS

Os ajustes terão que ser feitos: 1.4.1 - na competência e 1.4.2 - na composição.

Com eles, se estará completando a transformação reclamada por significativa parcela da comunidade jurídica brasileira, ainda que se identifique, também, a imensa resistência de expressiva parcela dos juristas brasileiros a essa transformação²⁷.

1.4.1 NA COMPETÊNCIA

A modificação da atual competência do Supremo Tribunal Federal (STF) é defendida por expressiva parte da doutrina.

Mesmo quem se posiciona contrariamente à transformação completa em Tribunal Constitucional, no figurino europeu, reconhece a imperiosa necessidade de modificações na competência atual daquela Corte, a ponto de formular – em seu nome pessoal – sugestões para alteração delas.

Nessas sugestões, o autor – refiro-me ao Ministro CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO que foi eminente Presidente daquela Corte – insiste, basicamente, em transferir-se para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) algumas das competências atuais do Supremo Tribunal Federal (STF), nomeadamente a competência penal do art. 102, I, “c” da CF/88, o mandado de segurança contra atos do Tribunal de conta da união (TCU), prevista no art. 102, I “d” da CF/88. Para além disso, também seria transferida resolução sobre conflitos entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, Estado, Distrito Federal ou Território, prevista no art. 102, I, “e” da CF/88, a homologação de sen-

²⁶ Cf. ‘O Tribunal Constitucional Português : a sua origem histórica’, Separata da Festschrift für Wolfgang Zeidler. Berlin – New York, 1987, p. 351-361. O escólio se encontra precisamente às p. 360.

²⁷ Segundo ENIO LUIZ STRECK isso se dá porque a manutenção do velho modelo implantado no nascedouro da República se mostra como condição indispensável da conservação do paradigma liberal-individualista-normativista, que não se compadece com o novo modelo dos ordenamentos jurídicos europeus. Cf. “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica”, ob. cit., p. 312.

tença estrangeira e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, prevista no art. 102, I, “h” da CF/88²⁸.

O Ministro NILSON VITAL NAVES – que foi Presidente do Superior Tribunal – por sua vez, apresentou proposta que melhor atende as reais necessidades do país.

Parte da constatação óbvia de que, nos termos da Constituição Federal em vigor (CF/88), há duas Cortes de Justiça - o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) - em que o primeiro se apresenta como o Tribunal da federação e o segundo como Tribunal encarregado de exercer a guarda da Constituição²⁹, muito embora se admita que o primeiro também possa exercer o controle difuso de constitucionalidade atribuído a todos os juízes³⁰.

Para ele, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) deve exercer toda a jurisdição infraconstitucional – relativa a aplicação do direito ordinário – salvo as hipóteses que dizem respeito a determinados membros de Poder, na forma do art. 102, I, “b” e “d”³¹.

²⁸ Cf. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, em “O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional”, ob. cit., p. 114-117.

²⁹ Art. 102 da CF/88: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (o original não está grifado), cabendo-lhe: ... (omiss).

³⁰ A esse respeito, ELIANA CALMON, Ministra do STJ, observou que a competência desta Corte estava resumida em três grupos: julgamentos originários, julgamentos revisionais – em que atuava como Tribunal de Apelação – nos mandado de segurança e em habeas corpus, quando denegatória a decisão e, finalmente, os recursos especiais, enquanto o STF tinha competência similar, com a modificação de que lhe compete processar e julgar o recurso extraordinário. Reconheceu que a interposição do recurso especial e do extraordinário apresenta dificuldades pelo que se tem exigido a interposição de ambos, numa superposição de recursos, pelo que urge a necessidade de repelir-se jurisprudencialmente CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO tal prática, na forma já exercitada pelo STF que tem reconhecido que “a decisão do recurso especial só admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional enfrentada pelo STJ for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária” (Agravamento Regimental 145.589-7/RL, rel. Min. Sepúlveda Pertence e insiste que o próprio STJ construa, jurisprudencialmente, o acolhimento de recursos para o STF de seus julgamentos, para que não se lhe estreite a competência. Cf. “A Superposição de competência Recursal”, Revista da Procuradoria Geral do INSS, vol. 8, nº 3, Out/Dez/2001, p. 15/17.

³¹ Art. 102: omiss... I – processar e julgar, originariamente: a) omiss... b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c – omiss ... d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.

Nas competências previstas no art. 105, I e II da CF/88, tem o Superior Tribunal de Justiça (STJ) atribuições para apreciar livremente – sem definitividade porque com recurso para o Supremo Tribunal Federal (STF) - o contencioso constitucional, no exercício do controle difuso de constitucionalidade³². Ao Supremo Tribunal Federal (STF) cabe a jurisdição constitucional e somente ela. É o Tribunal da Constituição, considerado como órgão de natureza política, verdadeira Corte de Justiça Política, pelo que deverá ser transformado em Corte Constitucional, exclusivamente.

Parece-me correto esse entendimento.

Para zelar pela guarda da Constituição, são reconhecidos ao Supremo Tribunal Federal – como Tribunal Constitucional - todos os instrumentos úteis e necessários, não só o Recurso Extraordinário, que decorre do modelo difuso-incidental, como também – e principalmente – os do modelo concentrado-abstrato do controle de constitucionalidade³³.

³² CF/88, art. 105 – *Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I* – processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; b) os mandados de segurança e os habeas corpus contra ato de Ministro de Estado, Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; c) os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea “a”, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos; e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados; f) a reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridade judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União; h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça militar, da Justiça eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal; II – julgar, em recurso ordinário: a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, município ou pessoa residente ou domiciliada no país.

³³ Com o que, acompanhando essa sugestão, dissentimos da proposta de JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO, que embora defenda essa mesma transformação do STF em Tribunal Constitucional, exclusivamente, sustenta que o juiz ordinário deve atuar apenas como o juiz portieri do sistema italiano para, ao reconhecer que a alegação se revela como prejudicial de constitucionalidade, encaminhá-la ao STF. Cf. “Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição”, ob. cit., p. 210.

Ser-lhe-á vedado, no entanto, apreciar matéria infraconstitucional, cuja competência será exclusiva do Superior Tribunal de justiça (STJ) e cuja decisões, nessas matérias, serão finais e irrecorríveis, com autoridade de coisa julgada³⁴.

1.4.2 NA COMPOSIÇÃO

Os Tribunais Constitucionais se apresentam com forma de composição vária.

Na Alemanha, por exemplo, há 16 membros, sendo 8 eleitos pelo *Bundstag* (Dieta Federal) e 8 pelo *Bundsrat* (Conselho Federal), em que, em cada grupo de 8, três sejam juízes dos tribunais federais superiores, com mandato único de 8 anos para cada. Na Itália, há 15 juízes. Na forma do art. 135 da Constituição, a composição é feita com um terço é escolhido pelo Presidente da República, um terço eleito pelo Parlamento e um terço final eleito pelos órgãos de gestão da magistratura judicial e administrativa e o mandato é de 9 anos, não podendo ser escolhido novamente³⁵. Na Espanha, há 12 juízes formalmente nomeados pelo Rei, em que 8 são propostos pelo Parlamento (4 eleitos pela Câmara de Deputados e 4 pelo Senado), 2 propostos pelo Governo e 2 pelo Conselho Geral do Poder Judiciário³⁶. Em Portugal, há 13 juízes sendo 10 designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes³⁷.

A esse respeito, J. J. GOMES CANOTILHO observou que a composição dos Tribunais Constitucionais criados na Europa no após Guerra, notadamente em razão das funções jurídico-políticas a ele atribuídas, se revela como um problema central da organização do Estado e que se fez de modo a atender-se à necessidade de legitimação democrática dos juízes através da participação dos órgãos de soberania, direta ou indiretamente legitimados, na eleição ou es-

³⁴ Cf. “Panorama dos problemas no Poder Judiciário e suas causas. O supremo, o superior Tribunal e a reforma”, Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários da justiça Federal) – número dedicado à Modernização do Direito e Administração da Justiça – nº 13, ano V, Abril/2001, p. 07-19.

³⁵ Como assinala PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto Costituzionale*, XV Edizione, Jovene Editore, Napoli, p. 655.

³⁶ Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Justiça Constitucional”, ob. cit., p. 308-309.

³⁷ Art. 222 da CRP de 1976: O Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes.

colha dos seus membros. A duração do cargo dos juízes desses Tribunais se apresenta, também, como outra questão de dimensões políticas³⁸.

1.4.3 SUGESTÕES DE MUDANÇAS

Já se tem várias propostas de mudanças, na esteira da reforma do Poder Judiciário, como – entre outras - a elaborada pela OAB brasileira, mais precisamente pela Comissão de Acompanhamento da Reforma do Judiciário, que teve como Presidente REGINALDO OSCAR DE CASTRO e Coordenador SÉRGIO FERRAZ e membros ADA PELEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO NABOR AREIAS BULHÕES, JOSÉ EDUARDO RANGEL ALCKMIM e ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS.

Introduz-se modificação no atual art. 101 da CF/88, transformando o Supremo Tribunal Federal (STF) em Corte Constitucional composta *de quinze Ministros, escolhidos dentre brasileiros natos com mais de quarenta e menos de sessenta e dois anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada*. Estabelece, no § 1º deste artigo, que estes membros *seriam nomeados pelo Presidente da República, depois de, nas hipóteses dos incisos I, III e IV do § 2º deste artigo, aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para o exercício de oito anos, vedada a recondução*. Enuncia, no § 2º, como se faria a escolha, em quatro incisos, sendo o I de um quinto escolhidos em lista tríplice elaborada pelo Superior Tribunal de Justiça; o II, em lista tríplice elaborada pelo Congresso Nacional, parlamentares ou não; o III, indicado pelo Presidente da República.

Acrescenta, no entanto, mais um inexplicável inciso IV, para prever a escolha de mais

Um quinto dentre advogados e um quinto dentre membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, mediante indicação em lista tríplice elaborada pelos órgãos de representação das respectivas classes, devendo os indicados terem, no mínimo, vinte anos de exercício da advocacia ou vinte como membro do Ministério Público³⁹.

³⁸ Cf. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Livraria Almedina, 1998, 2ª ed., p. 595-596.

³⁹ Cf. “OAB e a Reforma do Judiciário”, publicação do Conselho Federal da OAB, Brasília, 1999, p. 27 e s.

Essa proposta labora no equívoco de prever 15 membros para a Corte Constitucional e incluir na escolha dos membros, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB): cinco do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cinco do Congresso, cinco do Presidente da República e, inusitadamente, mais cinco, com a escolha, alternativamente, entre a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Ministério Público federal-/estadual. O engano se explica pelo vício de disciplinar-se a Corte Constitucional como se tratasse de um órgão comum do Poder Judiciário. Correta a observação de FERNANDO G. JAYME de que, por ser um órgão de natureza política, o Tribunal Constitucional deve ter representação política na sua composição, com a indicação de seus membros pelos poderes políticos do Estado.

Observo, porém, que a OAB não é um poder político, sendo bastante significativo que, em sua proposta, se limite a indicar apenas o Executivo e o Legislativo, com suas duas Câmaras, deixando de fora o Judiciário⁴⁰.

As modificações que têm sido sugeridas em respeito ao Supremo Tribunal Federal (STF) insistem na limitação da competência à defesa da Constituição, com o que se deseja transformá-lo em um verdadeiro Tribunal Constitucional. Não implica retirar-lhe a competência na apreciação do Recurso Extraordinário, através do controle difuso.

Defende-se, neste trabalho porém, que ela se opere na forma do modelo do Tribunal Constitucional português, para manter o sistema difuso.

Esta Corte Constitucional – segundo JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA – é provocada a reapreciar – em caráter definitivo – as decisões tomadas a respeito da questão de constitucionalidade tomadas nos juízos inferiores, com o que se tem a manutenção desse controle que permitiria a manutenção do mandado de segurança, conquista do cidadão brasileira, que não deve ser desprezada⁴¹.

⁴⁰ O autor sugere que a composição de faça com um quinto indicado pelo Presidente da República e um quinto, alternativamente, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, “para o exercício de mandato por prazo determinado, a fim de que o Tribunal Constitucional seja constantemente renovado, para assimilar as transformações da realidade social”. Cf. “Tribunal Constitucional: exigência democrática”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2000, p. 142. Essa proposta incide no equívoco de anunciar um total de quinze membros e indicar a nomeação de número quantidade menor: um quinto pelo Presidente da República e um quinto pelo Congresso, alternadamente, o que conduz a um total de dez membros, apenas.

⁴¹ Cf. “O Tribunal Constitucional Português: a sua origem histórica”, ob. cit., p. 360.

Nesse sentido, também, a proposta oferecida à OAB por JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA⁴².

Sustenta-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) seja mantido como Tribunal Constitucional do país, procedendo-lhe, apenas, os ajustes necessários a transformá-lo num verdadeira Corte Constitucional.

Anui-se a ela em respeito à necessidade de também estabelecer-se um mandato específico para seus membros, por entender-se desvantajoso a vitaliciedade numa Corte destinada ao exercício de funções de conteúdo altamente político, na forma sugerida por OTO BACHOF, para o que recomendou que isso fosse feito por disposições da própria Constituição⁴³.

Razoável, pois, que também se mude a forma de composição do Tribunal, em que, à semelhança de Portugal, se estabeleça doze membros: quatro seriam magistrados escolhidos pelo próprio STF; quatro seriam escolhidos pelo Congresso Nacional – dois por cada Câmara – e os outros quatro seriam escolhidos livremente pelo Presidente da República. A escolha poderia se dar, preferente mas não exclusivamente entre profissionais de direito – professores e advogados, promotores ou juízes – com comprovado exercício profissional, com mandato de oito anos, proibida a recondução.

Todos, porém, seriam nomeados pelo Presidente da República, à semelhança do que ocorre com o Rei da Espanha.

A escolha do Executivo e do Judiciário deverá ser submetida à homologação do Senador Federal, na forma atualmente prevista no Parágrafo único do art. 101 da CF/88⁴⁴, não assim a do Legislativo, por motivos óbvios.

⁴² Refiro-me ao trabalho “Poder Judiciário & Ministério Público”, trabalho apresentado no II Congresso Nacional de Advogados Pró-Constituinte, realizado na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em Brasília, DF, em 15 a 19 de outubro de 1985, segundo consta dos Anais respectivos, em que sustenta, às p. 338-339, que o Tribunal Constitucional - cuja criação propõe - tenha basicamente a função de controle da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral, cabendo-lhe competência tanto para o exercício do controle concreto – competência recursal última – quanto para o controle abstrato.

⁴³ Cf. Jueces y Constitución, ob. cit., p. 63-65.

⁴⁴ Art. 101 da CF/88: O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo Único: Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (o original não está grifado).